

University of Groningen

Problemen in verband met de beperkte erfrechtelijke rechtskeuzemogelijkheid in Nederlands-Duitse verhoudingen

Eule, W.; Knot, J.G.

Published in:
Tijdschrift Erfrecht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Eule, W., & Knot, J. G. (2014). Problemen in verband met de beperkte erfrechtelijke rechtskeuzemogelijkheid in Nederlands-Duitse verhoudingen: nu en vanaf 17 augustus 2015. Tijdschrift Erfrecht, 6, 113-121.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Artikel

Problemen in verband met de beperkte erfrechtelijke rechtskeuzemogelijkheid in Nederlands-Duitse verhoudingen: nu en vanaf 17 augustus 2015

W. Eule en mr. J.G. Knot*

1 Inleiding

Meer dan 120.000 Nederlanders hebben hun gewone verblijfplaats in Duitsland (zogenaamde Neder-Duitsers) en bijna net zoveel Duitsers wonen in het Europese deel van het Koninkrijk der Nederlanden.¹ Daarnaast zijn er ook veel Nederlanders met vermogen in Duitsland en Duitsers met vermogen in Nederland, ook al wonen zij wel in hun vaderland. De vraag naar het toepasselijke erfrecht alsmede de vraag of de volgens dat recht tot stand gebrachte erfopvolging ook in het buurland zal worden erkend, speelt niet alleen na het overlijden. Ook daarvoor zijn dit in het kader van de

estate planning van de toekomstige erflater reeds belangrijke vragen.

De vaststelling van het op de erfopvolging toepasselijke erfrecht veroorzaakt in het merendeel van de Nederlands-Duitse erfopvolgingen geen onoverkomelijke problemen. Dit ondanks het feit dat de bepaling van het toepasselijke erfrecht in beide landen nu nog sterk uiteenloopt en elk van beide landen daarvoor eigen regels van internationaal erfrecht kent. Problemen doen zich tussen Nederland en Duitsland echter des te sterker voor in verband met de functionele splitsing van de nalatenschap: het onderscheid dat in het huidige Nederlandse internationaal erfrecht wordt gemaakt tussen het toepasselijke recht op de vererving en het toepasselijke recht op de afwikkeling van de nalatenschap.

In het vervolg van deze bijdrage worden eerst enkele hoofdlijnen van het huidige Nederlandse en Duitse internationaal erfrecht geschetst en wordt het verschijnsel van de functionele splitsing nader uiteengezet (par. 2). Vervolgens wordt uitgebreid bij de rechtskeuzemogelijkheden uit het huidige internationaal erfrecht stilgestaan. De problemen die in Duits-Nederlandse erfrechtverhoudingen optreden als gevolg van de beperkte werking van de rechtskeuzemogelijkheid van artikel 5 Haags Erfrechtverdrag 1989² en de functionele splitsing worden besproken voor de situatie dat de erflater voor 17 augustus 2015 overlijdt (par. 3). In de daaropvolgende paragraaf wordt ingegaan op de

113

* W. Eule is advocaat en notaris in Neuenhaus, Duitsland. Mr. J.G. Knot is universitair docent internationaal privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en adviseur bij PlasBossinade advocaten en notarissen te Groningen.

1. Het Koninkrijk der Nederlanden bestaat sinds 10 oktober 2010 uit de vier landen Aruba, Curaçao, Sint Maarten en het Europese Nederland. Elk van deze landen kent zijn eigen regels van nationaal en internationaal erfrecht. Het Koninkrijk der Nederlanden is daarmee een staat met meerdere gebiedsdelen (territoriale eenheden) in de zin van bijv. art. 19 Haags Erfrechtverdrag 1989 of Art. 4 Abs. 3 EGBGB. Dit wordt nogal eens door de Duitse rechter over het hoofd gezien; zie bijv. OLG Düsseldorf, ZEVI 2013/552 m.nt. Eule, p. 554.

In het vervolg van deze bijdrage staan enkel de erfrechtelijke rechtskeuze-problemen in de relatie tussen Duitsland en het Europese Nederland centraal, aangezien deze zich in de rechtspraktijk het meeste voordoen.

2. Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging, Den Haag, 1 augustus 1989, Trb. 1994, 49 en 168; hierna: HEV'89.

Europese Erfrechtverordening.³ Artikel 83 lid 1 ErfVo bepaalt dat de verordening pas van toepassing is als de erflater op of na 17 augustus 2015 overlijdt. De overgangsrechtelijke regeling uit de verordening (art. 83 lid 2-4 ErfVo) maakt dat rechtskeuzes en uiterste wilsbeschikkingen die voor 17 augustus 2015 zijn gemaakt onder bepaalde voorwaarden geldig blijven en erkend worden, ook als de erflater pas na 16 augustus 2015 – en dus onder het regime van de ErfVo – overlijdt. De problemen die samenhangen met de geldigheid van oude rechtskeuzes in de zin van artikel 5 HEV'89 worden uitgebreid besproken (par. 4). Paragraaf 5 dient tot besluit van deze bijdrage.

2 Enkele hoofdlijnen van het huidige Nederlandse en Duitse internationaal erfrecht

Terwijl volgens Duits internationaal erfrecht de nationaliteit van de erflater op het moment van overlijden bepalend is voor het toepasselijke erfrecht (Art. 25 Abs. 1 van het Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, EGBGB), spelen vanaf 1 oktober 1996⁴ in het Nederlandse internationaal erfrecht erflaters laatste gewone verblijfplaats en de duur van diens verblijf een veel belangrijkere rol. Bovendien kunnen ook de objectieve en subjectieve banden van de erflater met het land van zijn nationaliteit en zijn gewone verblijfplaats relevant zijn. Het in Duitsland geldende nationaliteitsbeginsel en de aanvaarding van renvoi (Art. 4 EGBGB) maken dat het door het Nederlandse internationaal erfrecht aangewezen recht ten aanzien van Nederlandse erflaters in Duitsland wordt erkend. De doorgaans gemakkelijk toepasbare Nederlandse regeling geldt echter evenzeer ten aanzien van Duitse erflaters. In dat geval komt Art. 25 Abs. 1 EGBGB onder druk te staan. Als deze Duitse erflater immers langer dan vijf jaar onmiddellijk voorafgaand aan zijn overlijden in Nederland verblijf heeft gehad, leidt dat tot een verschil in opvatting tussen Nederland en Duitsland over het toepasselijke erfrecht. Volgens Duits internationaal privaatrecht is dan Duits recht op de nalatenschap van toepassing, terwijl krachtens artikel 3 lid 2 HEV'89 Nederlands erfrecht geldt.

Daarmee komt een zogenaamde hinkende erfrechtelijke rechtsverhouding tot stand: beide landen passen hun eigen regels van internationaal erfrecht toe en komen op grond daarvan tot een afwijkend oordeel over het recht dat de nalatenschap beheerst.⁵ De hieruit voortvloeiende problemen zijn in de praktijk vaak lastiger op te lossen dan de problemen die het gevolg zijn van een conflictenrechtelijke splitsing van de nalatenschap, waarbij verschillend recht wordt toegepast op de roerende en de onroerende nalatenschapsbestanddelen en elk deel van de nalatenschap bijgevolg afzonderlijk⁶ moet worden afgewikkeld.

Sinds 1 oktober 1996 kan een erflater volgens Nederlands internationaal erfrecht door middel van een rechtskeuze zelf bepalen welk recht na zijn dood op zijn nalatenschap wordt toegepast. Op basis van artikel 5 HEV'89 kan in een uiterste wilsbeschikking worden gekozen voor het recht van de nationaliteit van de erflater of voor het recht van het land waarin zijn gewone verblijfplaats is gelegen, beide op het moment van ofwel de keuze ofwel het overlijden. Er zijn derhalve in totaal (maximaal) vier keuzemogelijkheden. Volgens de heersende leer is ook een impliciete rechtskeuze toegestaan.⁷ Deze wordt ook in Duitsland erkend, bijvoorbeeld ten aanzien van ouderlijke boedelverdeling (OBV) testamenten van Nederlanders, opgemaakt voor 1 januari 2003, zonder uitdrukkelijke rechtskeuze.⁸ Bezit een erflater meer dan één nationaliteit, dan kan voor toepassing van het recht van elk van de nationaliteitslanden worden gekozen.

Genoemde rechtskeuzes kennen een beperkte werking in de zin dat zij alleen van invloed zijn op het toepasselijke recht op de vererving van de nalatenschap (lees: de in art. 7 lid 2 HEV'89 genoemde onderwerpen). Ten aanzien van de afwikkeling, dat wil zeggen de vereffening en verdeling van de nalatenschap, is een rechtskeuze door de erflater niet toegestaan.⁹ Op grond van artikel 10:149 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) kunnen slechts de erfgenamen gezamenlijk kiezen voor toepassing van een bepaald rechtstelsel op de verdeling van de nalatenschap.¹⁰ Het onderscheid dat sinds bijna negentig jaar in het Nederlandse internationaal

3. Verordening (EU) 650/2012, PbEU 2012, L 201/107, laatstelijk gewijzigd PbEU 2013, L 60/140; hierna: ErfVo.
4. Op deze datum trad de Wet conflictenrecht erfopvolging, Stb. 1996, 457, in werking; hierna: WCERf. De regels uit deze wet zijn met ingang van 1 januari 2012 nagenoeg ongewijzigd overgenomen in Titel 12 van Boek 10 BW (art. 10:145-152 BW), onder gelijktijdige intrekking van de WCERf. Zie over deze bepalingen uitgebreid J.G. Knot, Boek 10 BW (IPR): Titel 12 Erfrecht – Art. 145 tot en met 152, WPNR (2010) 6850, p. 553-559, tevens opgenomen in: P. Vlas (red.), Hoofdlijnen Boek 10 BW (Internationaal privaatrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 137-147.

5. H. Dörner, J. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR. Art. 25, 26 EGBGB, Berlin: Sellier-de Gruyter 2007, Art. 25 EGBGB, Rn. 7-8 en W. Eule in: H.P. Schömmers & W. Eule, Internationales Erbrecht und Erbschaftsteuer – Niederlande, München: Beck 2010, Rn. 742-744.
6. Zie hierover in Duitsland K. Thorn in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, München: Beck 2014, Art. 25 EGBGB, Rn. 9 en Staudinger/Dörner 2007, Art. 25 EGBGB, Rn. 760-797.
7. Zie M.H. ten Wolde, Internationaal en interregionaal erfrecht in het Koninkrijk der Nederlanden (Ars Notariatus, deel LXXIV) (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1996, p. 268.
8. Amtsgericht Nordhorn, Geschäfts-Nrn. 9 VI 355/07 en 9 IV 101/09 (beide niet gepubliceerd).
9. Zie Q.J. Marck, De afwikkeling van een nalatenschap met internationale aspecten: het Nederlandse IPR in vogelvlucht, WPNR (2006) 6672, p. 513.
10. Zie J.G. Knot, Internationale boedelafwikkeling. Over het toepasselijke recht op de afwikkeling van nalatenschappen (Ars Notariatus, deel 138) (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2008, p. 87-89.

erfrecht wordt gemaakt tussen de vererving en de afwikkeling van nalatenschappen doet zich derhalve ook op het vlak van de rechtskeuze gevoelen.

De functionele splitsing van de nalatenschap (vererving versus afwikkeling) in het Nederlandse internationaal erfrecht kan tot problemen leiden als op de vererving een ander rechtstelsel van toepassing is dan op de afwikkeling. Het is dan immers voorstelbaar dat bepaalde rechtshandelingen met betrekking tot de afwikkeling van de nalatenschap door de toepasselijke erfwet niet worden toegestaan, en omgekeerd dat de afwikkelingswet bepaalde rechtshandelingen niet kent die juist door de erfwet worden voorgeschreven. Geldt bijvoorbeeld ten aanzien van een Nederlandse erflater die zijn laatste gewone verblijfplaats in Duitsland had krachtens artikel 3 lid 3 HEV'89 Nederlands recht ten aanzien van de vererving van de nalatenschap, dan kan een erfgenaam de nalatenschap desondanks niet beneficiair aanvaarden als Duits recht de afwikkeling beheerst. Naar Duits erfrecht is het namelijk alleen mogelijk de nalatenschap zonder enig voorbehoud te aanvaarden of deze volledig te verwerpen.¹¹ Omgekeerd kan de erfgenaam van een Duitse erflater die zijn laatste gewone verblijfplaats in Nederland had, wanneer voor de vererving van de nalatenschap ingevolge artikel 3 lid 3 HEV'89 Duits recht van toepassing is, de nalatenschap desalniettemin overeenkomstig artikel 4:190 BW beneficiair aanvaarden, omdat ten aanzien van de afwikkeling van de nalatenschap Nederlands recht moet worden toegepast (art. 10:149 BW).

De functionele splitsing van de nalatenschap in het Nederlandse internationaal erfrecht is nog extra ingewikkeld omdat de conflictregels die het toepasselijke afwikkelingsrecht aanwijzen een eenzijdig karakter hebben.¹² Deze regels bepalen dat Nederlands recht moet worden toegepast indien de erflater zijn laatste gewone verblijfplaats in Nederland had. Welk recht daarentegen van toepassing is als de erflater zijn laatste gewone verblijfplaats buiten Nederland had, wordt niet met zoveel woorden geregeld. De Nederlandse wetgeving vertoont op dit punt een lacune.¹³

Volgens de Nederlandse wetgever moet in een dergelijke situatie worden aangesloten bij het internationaal privaatrecht van het land van erflaters laatste gewone verblijfplaats om het toepasselijke afwikkelingsrecht vast te stellen.¹⁴ Dit is uitdrukkelijk geen meerzijdige verwijzing naar het recht van de gewone verblijfplaats, maar een echte aanvaarding van het buitenlandse verwijzings-

resultaat (renvoi) is het ook niet. Naar Duits recht behoren de meeste erfrechtelijke vraagstukken die volgens Nederlands recht tot de afwikkeling worden gerekend (bijvoorbeeld aanvaarding en verwerping van de nalatenschap, aansprakelijkheid voor nalatenschapsschulden, het karakter van de erfrechtelijke gemeenschap, enzovoort) tot een en dezelfde verwijzingscategorie: erfopvolging. Hierop wordt – zonder uitzondering – een en hetzelfde erfrecht toegepast.¹⁵ Duitse rechters hebben daarom bij de toepassing van Nederlands erfrecht ten aanzien van de erfopvolging van een Nederlandse erflater die zijn laatste gewone verblijfplaats in Duitsland had, ook op de vereffening en verdeling van de nalatenschap Nederlands erfrecht toegepast. Zo werd de in Duitsland wenselijk geachte samenloop tussen vererving en afwikkeling van de nalatenschap tot stand gebracht.¹⁶ Alleen langs deze weg kon de door de erfgenamen uitgebrachte beneficiaire aanvaarding van de nalatenschap ook in Duitsland worden erkend. Anders was de beneficiaire aanvaarding van de nalatenschap van een Nederlandse erflater in Duitsland niet mogelijk geweest.

Volgens Duits internationaal privaatrecht zijn erfrechtelijke rechtskeuzes slechts uiterst beperkt mogelijk. Op grond van Art. 25 Abs. 2 EGBGB kunnen alleen buitenlanders (dus ook Nederlanders) ten aanzien van hun in Duitsland gelegen onroerende zaken kiezen voor toepassing van het Duitse erfrecht.¹⁷ Als vervolgens voor het overige nalatenschapsvermogen een ander recht toepasselijk is, bijvoorbeeld het Nederlandse erfrecht, dan ontstaat een conflictenrechtelijke splitsing van de nalatenschap, met alle problemen van dien. Daarom wordt in het algemeen het uitbrengen van een dergelijke rechtskeuze afgeraden.

Het Duitse internationaal erfrecht erkent echter wel alle rechtskeuzes die geldig zijn volgens de door Art. 25 Abs. 1 EGBGB aangewezen nationale wet van de erflater.¹⁸ Dat geldt dus onder meer voor de rechtskeuzes overeenkomstig artikel 5 HEV'89 die door Nederlandse erflaters zijn uitgebracht. Rechtskeuzes daarentegen die door het buitenlandse internationaal erfrecht ook aan Duitse erflaters worden toegestaan, worden in Duitsland in beginsel niet erkend. Slechts een keuze voor het Duitse nationale recht zou kunnen worden geaccepteerd. Hierbij moet worden bedacht dat een dergelijke keuze in Duitsland slechts van declaratoire betekenis is, aangezien op basis van Art. 25 Abs. 1 EGBGB ook zonder een dergelijke rechtskeuze reeds het Duitse erfrecht zou zijn toegepast. Een rechtskeuze voor Nederlands erfrecht die

11. Zie §§ 1922 jo. 1947 en 1950 BGB. Zie hierover ook E. Walter, *Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft*, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2008, p. 319-323.

12. Zie art. 4 en 5 WCerf tot 31 december 2011 en art. 10:149 en 10:150 BW vanaf 1 januari 2012.

13. Zie Marck 2006, p. 515 en 516 en Knot 2008, p. 72-79. Zie over de problemen in verband hiermee in Duitsland: W. Eule in: Schömmel/Eule 2010, Rn. 398-433 en de bijdragen van W. Eule in: Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2007, p. 219-220, 2009, p. 187-188, 2010, p. 242-243 en 2012, p. 201.

14. Zie Kamerstukken II 1995/96, 23857 en 23863 (R 1510), 7 (herdruk), p. 8 en Kamerstukken II 2009/10, 32137, 3, p. 79.

15. Palandt/Thorn 2014, Art. 25 EGBGB, Rn. 10 en Staudinger/Dörner 2007, Art. 25 EGBGB, Rn. 112-119.

16. Amtsgericht Nordhorn, Geschäfts-Nrn. 9 VI 281/12 en 9 VI 130/14 en Amtsgericht Meppen, Geschäfts-Nrn. 6 VI 262/10, 6 VI 339/12 en 6 VI 437/11 (geen van alle gepubliceerd).

17. Palandt/Thorn 2014, Art. 25 EGBGB, Rn. 7.

18. G. Schotten & C. Schmellenkamp, *Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis*, München: Beck 2007, Rn. 296-302, W. Eule in: W. Krug (red.), *Pflichtteilsprozess*, Baden-Baden: Nomos 2014, § 13 Internationales Pflichtteilsrecht, Rn. 117-139 en J. Heinig, *Rechtswahlen im Erbrecht nach nationalem Kollisionsrecht – Der Countdown läuft!*, Rheinische Notar-Zeitschrift (RNöZ) 2014, p. 281-308 (Nederland: p. 296-298).

overeenkomstig artikel 5 HEV'89 is uitgebracht door een Duitse erflater met gewone verblijfplaats in Nederland wordt derhalve in Duitsland niet aanvaard. Ook hier ontstaat dan dus een hinkende rechtsverhouding.¹⁹

3 Rechtskeuze en overlijden vóór 17 augustus 2015

Komt een Nederlandse of Duitse erflater vóór 17 augustus 2015 te overlijden, dan is als gezegd de Erf-Vo nog niet van toepassing. Hebben deze erfslaters voor hun overlijden een geldige rechtskeuze uitgebracht voor het recht van hun nationaliteit of gewone verblijfplaats, dan stuit men op de beperkte werking (wel vererving, geen afwikkeling) van de rechtskeuze krachtens artikel 5 HEV'89. De functionele splitsing van de nalatenschap in Nederland en de niet-erkenning van de rechtskeuze van Duitse erfslaters in Duitsland geven bij overlijden tot en met 16 augustus 2015 in Duits-Nederlandse erfrecht-verhoudingen aanleiding tot de volgende problemen.

3.1 Keuze voor nationaal recht door Nederlanders

Indien een Nederlandse erflater een rechtskeuze in de zin van artikel 5 HEV'89 heeft uitgebracht voor het recht van zijn nationaliteit, moet onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat hij ten tijde van het overlijden zijn gewone verblijfplaats in Duitsland had en de situatie dat zijn laatste gewone verblijfplaats in Nederland was.

3.1.1 *Laatste gewone verblijfplaats in Duitsland*

Heeft een Nederlandse erflater overeenkomstig artikel 5 HEV'89 voor de vererving van zijn nalatenschap gekozen voor toepassing van Nederlands erfrecht (ongeacht of hij deze keuze in Nederland of in Duitsland heeft uitgebracht) en had hij zijn laatste gewone verblijfplaats in Duitsland, dan ontstaat door de beperkte werking van de rechtskeuze een functionele splitsing van de nalatenschap. De rechtskeuze beslaat immers niet de afwikkeling van de nalatenschap en als gevolg van de eenzijdige regeling uit artikel 10:149 en 10:150 BW is onduidelijk welk recht daarop dan wel moet worden toegepast. De met enige regelmaat in Nederlandse testamenten ook ten aanzien van de afwikkeling opgenomen keuze voor Nederlands recht is niet geldig.

Indien men de uitlatingen van de Nederlandse wetgever ten aanzien van artikel 4 en 5 WCErf en artikel 10:149 en 10:150 BW – inhoudende dat het op de afwikkeling

toepasselijke recht wordt aangewezen door het internationaal privaatrecht van het land van erfslaters laatste gewone verblijfplaats – aldus uitlegt dat daarmee ook voor de kwalificatie naar buitenlands internationaal privaatrecht wordt verwezen, moet ook op de afwikkeling Nederlands recht worden toegepast. Naar Duits recht wordt op de afwikkeling van de nalatenschap immers hetzelfde recht toegepast als op de rest van de erfopvolging.²⁰

3.1.2 *Laatste gewone verblijfplaats in Nederland*

Indien de Nederlandse erflater op het moment van overlijden zijn gewone verblijfplaats (nog altijd of inmiddels weer) in Nederland had, doen zich geen problemen voor. In dat geval is – met of zonder rechtskeuze – Nederlands recht van toepassing op zowel de vererving (op grond van het HEV'89) als de afwikkeling (op grond van art. 10:149 en 10:150 BW). Dit geldt voor het nalatenschapsvermogen in Nederland en in Duitsland. Deze uitkomst wordt bovendien als gevolg van het in Duitsland aanvaarde renvoi (Art. 4 EGBGB) ook daar onverkort erkend.

3.2 Keuze voor nationaal recht door Duitsers

3.2.1 *Laatste gewone verblijfplaats in Nederland*

Heeft een in Nederland woonachtige Duitser overeenkomstig artikel 5 HEV'89 voor toepassing van zijn nationale Duitse erfrecht gekozen en heeft hij bij zijn overlijden nog altijd zijn gewone verblijfplaats in Nederland, dan treedt in Nederland opnieuw een functionele splitsing van de nalatenschap op. Op de vererving is het door de erflater gekozen Duitse recht van toepassing, terwijl op grond van artikel 10:149 en 10:150 BW op de afwikkeling van de nalatenschap Nederlands recht wordt toegepast. Dit heeft tot gevolg dat de erfgenamen in het kader van de afwikkeling rechtshandelingen kunnen verrichten die volgens Duits erfrecht niet mogelijk zijn, zoals:

- beneficiaire aanvaarding van de nalatenschap in de zin van artikel 4:190 BW (het Duitse recht kent enkel de algehele aanvaarding of verwerping van de nalatenschap);
- verwerping van de nalatenschap onder het voorbehoud van het recht op een legitieme portie overeenkomstig artikel 4:63 BW (dit is in Duitsland slechts in uitzonderingsgevallen toegestaan).

Ook de termijnen die het Duitse recht kent ten aanzien van de verwerping van een nalatenschap (zes weken respectievelijk zes maanden bij buitenlandse woonplaats; § 1944 BGB) en de desbetreffende vormvoorschriften (§ 1945 BGB) gelden in deze situatie niet. Daar staat tegenover dat bepaalde mogelijkheden uit het Duitse erfrecht juist ontbreken. Te denken valt hierbij aan de beroepsmogelijkheden tegen de aanvaarding of verwerping van de nalatenschap op grond van §§ 1954–1957 BGB.

19. Dit is slechts in uitzonderingsgevallen anders, indien een bevoegde Nederlandse rechter de geldigheid van de rechtskeuze van de Duitse erflater voor Nederlands erfrecht in rechte heeft vastgesteld en deze beslissing krachtens art. 1 van het Nederlands-Duits Executieverdrag van 30 augustus 1962 in Duitsland moet worden erkend. Zie hierover ook M.H. ten Wolde, Internationale nalatenschappen en het belang van het Nederlands-Duits Executieverdrag, NIPR 2000, p. 142-145 en W. Eule in: Krug 2014, § 13 Internationales Pflichtteilsrecht, Rn. 120-121 en 454-455, alsmede in: Schömmers/Eule 2010, Rn. 276-277.

20. Zie noot 15.

In Duitsland heeft de rechtskeuze van de Duitse erflater slechts declaratoire betekenis, aangezien op grond van Art. 25 Abs. 1 EGBGB sowieso Duits erfrecht van toepassing is, ook op de afwikkeling van de nalatenschap. Of de Nederlandse regels ten aanzien van de vereffening en verdeling als bijzondere voorschriften in de zin van Art. 3a Abs. 2 EGBGB (moeten) worden aangemerkt, is in dit kader derhalve niet relevant. Voor de in Duitsland gelegen nalatenschapsgoederen wordt het Nederlandse oordeel dat op de afwikkeling Nederlands recht van toepassing is, niet erkend. In Duitsland wordt op de gehele erfopvolging Duits erfrecht toegepast, zodat op het punt van de afwikkeling een hinkende rechtsverhouding tussen Nederland en Duitsland ontstaat, met alle problemen – bijvoorbeeld in verband met de aanvaarding en verwerping van de nalatenschap – van dien.

3.2.2 *Laatste gewone verblijfplaats in Duitsland*

Heeft een Duitser die in Nederland woonachtig was, overeenkomstig artikel 5 HEV'89 een rechtskeuze voor Duits recht uitgebracht en had hij zijn laatste gewone verblijfplaats in Duitsland, dan is zowel volgens Art. 25 Abs 1 EGBGB als volgens het HEV'89 Duits erfrecht van toepassing op de nalatenschap. Weliswaar doet zich in Nederland wederom een functionele splitsing van de nalatenschap voor, maar aansluiting bij het Duitse internationaal privaatrecht ten aanzien van de afwikkeling van de nalatenschap leidt in dit geval eveneens tot toepassing van Duits erfrecht. Ook in Nederland komt men dus tot het oordeel dat zowel de vererving als de afwikkeling van de nalatenschap door het Duitse recht wordt beheerst, zodat zich als gevolg van de functionele splitsing geen problemen voordoen.

3.3 *Keuze voor recht van gewone verblijfplaats*

Ook bij de rechtskeuze voor het recht van de gewone verblijfplaats doen zich als gevolg van de beperkte werking van de rechtskeuze van artikel 5 HEV'89 en de daaruit voortvloeiende functionele splitsing van de nalatenschap in Nederland problemen voor in Duits-Nederlandse erfrechtverhoudingen.

3.3.1 *Keuze voor recht van Duitse gewone verblijfplaats door Nederlanders*

Heeft een Nederlandse erflater met gewone verblijfplaats in Duitsland gekozen voor toepassing van Duits recht, dan rijst in het kader van de vaststelling van het op de vererving en afwikkeling toepasselijke recht wederom de vraag waar deze erflater op het moment van zijn overlijden zijn gewone verblijfplaats had.

1. *Laatste gewone verblijfplaats in Duitsland*
Had genoemde Nederlandse erflater op het moment van overlijden zijn gewone verblijfplaats nog altijd in Duitsland, dan moet in Nederland op basis van de geldige rechtskeuze Duits recht worden toegepast op de vererving van de nalatenschap. Welk recht daarentegen op de afwikkeling van toepassing is, is vanwege het eenzijdige karakter van artikel 10:149 en 10:150 BW onduidelijk. Gaat men ervan uit dat de Nederlandse wetgever bij zijn verwijzing naar het internationaal privaatrecht van

het land van erflaters laatste gewone verblijfplaats ook de kwalificatie aan het buitenlandse – in dit geval: het Duitse – recht heeft willen overlaten, dan is ook op de afwikkeling Duits erfrecht van toepassing. Naar Duits internationaal erfrecht behoren vererving en afwikkeling immers tot een en dezelfde verwijzingscategorie, te weten de erfopvolging, die overeenkomstig Art. 25 Abs. 1 EGBGB onderworpen is aan de nationale wet van de erflater.

2. *Laatste gewone verblijfplaats in Nederland*

Had de Nederlandse erflater zijn gewone verblijfplaats op het moment van overlijden echter weer in Nederland, dan is op grond van de geldig uitgebrachte rechtskeuze Duits recht op de vererving van de nalatenschap van toepassing. Ten aanzien van de vereffening en verdeling van de nalatenschap geldt op grond van artikel 10:149 en 10:150 BW zonder enige twijfel Nederlands recht. Ook nu komt het in Nederland dus weer tot een functionele splitsing van de nalatenschap, met alle problemen van dien.

In Duitsland zal op de vererving van aldaar gelegen nalatenschapsgoederen eveneens Duits recht worden toegepast. Op grond van de acceptatie van renvoi in Duitsland (Art. 4 EGBGB) wordt de terugverwijzing als gevolg van de geldige rechtskeuze voor Duits erfrecht vanuit Nederland aangenomen. Voor de afwikkeling van de nalatenschap geldt ook in Duitsland Nederlands recht. Aangezien de erflater zijn laatste gewone verblijfplaats in Nederland had, vinden artikel 10:149 en 10:150 BW toepassing en komt het niet tot een kwalificatieverwijzing naar het Duitse internationaal privaatrecht. Dit betekent bijvoorbeeld dat de erfgenamen volgens het Duitse erfrecht de nalatenschap beneficiair zouden kunnen aanvaarden en dat de termijnen voor de verwerping van de nalatenschap uit het Duitse recht (ex § 1944 BGB) niet van toepassing zijn.

Nederlanders die vanuit Duitsland weer naar Nederland terugkeren, moeten zich daarom afvragen of het niet beter zou zijn hun eerder uitgebrachte rechtskeuze voor het Duitse erfrecht, als recht van hun (toenmalige) gewone verblijfplaats, te herroepen. Daarmee zouden zij namelijk de samenloop van het toepasselijke recht op de vererving en afwikkeling van hun nalatenschap en daarmee een eenvoudigere boedelafwikkeling kunnen bevorderen.

3.3.2 *Keuze voor recht van Nederlandse gewone verblijfplaats door Duitsers*

Ook bij Duitse erflaters die, terwijl zij hun gewone verblijfplaats in Nederland hadden, overeenkomstig artikel 5 HEV'89 hebben gekozen voor Nederlands recht, is het bij het bepalen van het toepasselijke recht volgens Nederlands internationaal erfrecht van belang waar de erflater zijn laatste gewone verblijfplaats had.

1. *Laatste gewone verblijfplaats in Nederland*
Had de erflater tot aan zijn dood gewone verblijfplaats in Nederland, dan is voor de vererving op grond van de rechtskeuze en voor de afwikkeling op grond van

artikel 10:149 en 10:150 BW Nederlands erfrecht van toepassing.

2. Laatste gewone verblijfplaats in Duitsland
Had de erflater bij zijn overlijden zijn gewone verblijfplaats inmiddels weer in Duitsland, dan is op de vererving van de nalatenschap nog altijd het gekozen Nederlandse recht van toepassing. Welk recht daarentegen op de afwikkeling van de nalatenschap moet worden toegepast, is onduidelijk. De door de Nederlandse wetgever geformuleerde ongeschreven rechtsregel schrijft als gezegd voor dat hiervoor moet worden aangesloten bij de regels van internationaal erfrecht uit het land van erflaters laatste gewone verblijfplaats. Volgens het Duitse internationaal erfrecht behoren vererving en afwikkeling tot dezelfde verwijzingscategorie. Daarop is in geval van overlijden van een Duitse erflater altijd het Duitse erfrecht van toepassing. In beide voorbeelden is dan ook in Duitsland enkel en alleen Duits erfrecht van toepassing. De door de Duitse erflater uitgebrachte rechtskeuze voor Nederlands recht wordt in Duitsland niet erkend.

Heeft de Duitse erflater in het kader van het gekozen Nederlandse recht ook een uiterste wilsbeschikking gemaakt die op specifieke bepalingen uit het Nederlandse erfrecht is gebaseerd (bijvoorbeeld een aangepaste wettelijke verdeling in de zin van art. 4:13 e.v. BW), dan wordt dat testament in Duitsland gekwalificeerd als een ‘handelen volgens het verkeerde/buitenlandse recht’ en moet het testament naar Duits recht worden uitgelegd.²¹ Dat betekent onder meer dat bijvoorbeeld de kring van legitimarissen naar Duits recht wordt bepaald. Deze kring kan onder omstandigheden groter zijn (ouders, echtgenoot) dan de kring van legitimarissen volgens Nederlands erfrecht. De aanspraken van deze legitimarissen kunnen zich ook over de in Nederland gelegen nalatenschapsgoederen uitstrekken. Bovendien zijn de legitieme aanspraken, in afwijking van het Nederlandse artikel 4:82 BW, direct opeisbaar.

In voorbeeld 1 (laatste gewone verblijfplaats in Nederland) kan het Duitse erfrecht zich in Nederland niet doorzetten en moet men in Duitsland feitelijk accepteren dat Nederlands erfrecht toepassing vindt (*Näherberechtigung* of aanknopingsovermacht). Ten aanzien van het in Duitsland gelegen vermogen wordt het Duitse erfrecht echter, evenals in voorbeeld 2, onverkort toegepast, zowel op de vererving als op de afwikkeling van de nalatenschap. Als er vermogen in beide landen aanwezig is, ontstaat dan dus een feitelijke splitsing van de nalatenschap, die allerlei tot dusver onopgeloste problemen tot gevolg kan hebben. Deze problemen hebben voor de erfgenamen mogelijk grotere consequenties dan de problemen die uit de functionele splitsing van de nalatenschap voortvloeien. De erflater doet er daarom in het kader van zijn estate planning goed aan situaties waarin de nalatenschap als gevolg van aanknopingsover-

macht feitelijk wordt gesplitst, zo veel mogelijk te vermijden. De Nederlandse notaris zou de Duitse erflater die een rechtskeuze voor Nederlands recht wil uitbrengen, hierop moeten wijzen, met name indien de erflater ook vermogen in Duitsland bezit.

3.4 Rechtskeuze in de zin van Art. 25 Abs. 2 EGBGB

Heeft een Nederlandse erflater ten aanzien van zijn in Duitsland gelegen onroerende zaken overeenkomstig Art. 25 Abs. 2 EGBGB gekozen voor toepassing van het Duitse erfrecht, dan is deze partiële rechtskeuze ingevolge artikel 6 HEV’89 ook in Nederland geldig. Daarmee is de vererving van het Duitse onroerend goed dus aan het Duitse erfrecht onderworpen. Dit leidt echter uitzondering waar het gekozen Duitse erfrecht in strijd komt met dwingende bepalingen van het overigens krachtens artikel 3 of 5 HEV’89 toepasselijke Nederlandse erfrecht. Zo zou een op grond van het gekozen Duitse recht opgestelde uiterste wil in strijd kunnen komen met dwingend Nederlands erfrecht, bijvoorbeeld op het punt van de bindende kracht van een Duitse erfovereenkomst of een volgens Duits recht gesloten ‘Erbverzichtsvertrag’ of ‘Pflichtteilsverzichtsvertrag’ (§ 2346 BGB), overeenkomsten waarin reeds tijdens het leven van de erflater wordt afgesproken dat afstand wordt gedaan van een erfdeel of legitieme portie. Dergelijke overeenkomsten zijn immers in strijd met het Nederlandse artikel 4:4 lid 2 BW.

Steeds als op het overige nalatenschapsvermogen van een Nederlandse erflater Nederlands erfrecht van toepassing is, verdient het aanbeveling geen partiële rechtskeuze in de zin van Art. 25 Abs. 2 EGBGB uit te brengen of deze – als die reeds is uitgebracht – te herroepen. Deze rechtskeuze leidt immers gemakkelijk tot een conflictenrechtelijke splitsing van de nalatenschap – een deel van de nalatenschap wordt beheerst door Nederlands erfrecht, een ander deel door Duits erfrecht – met alle ongemakken bij de afwikkeling van een dergelijke nalatenschap van dien.

4 Overlijden na 16 augustus 2015

4.1 De Europese Erfrechtverordening

Vanaf het moment dat de ErfVo wordt toegepast – dat is krachtens artikel 83 lid 1 ErfVo vanaf 17 augustus 2015 – kunnen Nederlandse en Duitse erflaters nog slechts ten aanzien van hun gehele nalatenschap²² kiezen voor het recht van hun nationaliteit (art. 22 ErfVo). Een partiële rechtskeuze ten aanzien van bepaalde vermogensbestanddelen is dan niet meer toegestaan. Evenmin

21. Zie daarover Amtsgericht Arnstadt – Zweigstelle Ilmenau, Geschäftszeichen VI 537/13 (niet gepubliceerd) en W. Eule in: Schömmel/Eule 2010, Rn. 744 en 773.

22. Vererving en afwikkeling behoren tot dezelfde verwijzingscategorie (zie art. 23 lid 2 ErfVo), zodat een onder de ErfVo geldig uitgebrachte rechtskeuze op beide onderdelen van de erfopvolging van toepassing zal zijn. Zie ook J.G. Knot, Internationale boedelafwikkeling volgens de regels van de Erfrechtverordening: vereffening, verdeling en *Näherberechtigung* vanaf 17/8/2015, WPNR (2014) 7024, p. 593-599.

is een rechtskeuze voor het recht van het land van de gewone verblijfplaats van de erflater na 16 augustus 2015 nog mogelijk.²³

Bij gebreke van een (geldige) rechtskeuze is op basis van artikel 21 ErfVo het recht van toepassing van het land waarin de erflater op het moment van zijn overlijden zijn gewone verblijfplaats had. Voor Nederlandse erf-laters met laatste gewone verblijfplaats in Duitsland geldt dan dus het Duitse erfrecht, voor Duitse erf-laters met laatste gewone verblijfplaats in Nederland is Nederlands erfrecht van toepassing.²⁴

4.2 Rechtskeuzes uitgebracht vóór 17 augustus 2015

4.2.1 Rechtskeuze in de zin van artikel 22 ErfVo

Heeft een Nederlandse of Duitse erflater reeds voor 17 augustus 2015 maar overeenkomstig artikel 22 ErfVo een rechtskeuze uitgebracht voor zijn nationale recht, dan is deze rechtskeuze krachtens artikel 83 lid 2 ErfVo geldig, ook als de erflater eerst na 16 augustus 2015 komt te overlijden.²⁵

4.2.2 Rechtskeuze voor nationaal recht in de zin van artikel 5 HEV'89

Heeft een Nederlandse erflater of een Duitse erflater met gewone verblijfplaats in Nederland voor 17 augustus 2015 overeenkomstig artikel 5 HEV'89 gekozen voor het recht van zijn nationaliteit, dan wordt ook deze rechtskeuze – geldig volgens de regels van Nederlands internationaal erfrecht op het moment van

het uitbrengen van de rechtskeuze – krachtens artikel 83 lid 2 ErfVo als geldig erkend als de erflater na 16 augustus 2015 en dus onder het regime van de ErfVo overlijdt. In dat geval kunnen zich echter wel problemen voordoen, die verband houden met de beperkte werking van de rechtskeuze volgens het huidige Nederlandse internationaal erfrecht. Zoals hiervoor besproken, werkt deze rechtskeuze immers slechts ten aanzien van de vererving van de nalatenschap. Op het toepasselijke afwikkelingsrecht is de rechtskeuze niet van invloed.

1. Keuze voor nationaal recht door Nederlander met laatste gewone verblijfplaats in Duitsland

Met enige goede wil kan de beperkte rechtskeuze als een algehele keuze voor het recht van erf-laters nationaliteit worden opgevat. Daarvoor bestaat in ieder geval aanleiding als de erflater in zijn uiterste wil heeft bepaald dat zijn nationale wet voor zover mogelijk ook op de afwikkeling van de nalatenschap dient te worden toegepast. Een dergelijke bepaling komt men met enige regelmaat in Nederlandse testamenten tegen. Een dergelijke ruime uitleg vindt bovendien steun in de opvatting van de rapporteur van het Europees Parlement inzake de ErfVo, Kurt Lechner, die betoogt dat op basis van het doel van de overgangsregels van de ErfVo zeer ruimhartig met de erkenning van oude rechtskeuzes dient te worden omgegaan.²⁶

Daar staat tegenover dat de overgangsregel uit artikel 83 lid 2 ErfVo, die aansluiting zoekt bij de oude regels van internationaal privaatrecht, enkel bedoeld is om het vertrouwen in de geldigheid van een rechtskeuze volgens het ten tijde van het uitbrengen daarvan geldende internationaal erfrecht te beschermen. Deze bescherming kan en mag er niet toe leiden dat de geldigheid van de rechtskeuze onder de ErfVo uitstijgt boven de geldigheid volgens de oorspronkelijke regels van internationaal erfrecht.

Aangezien de erflater doorgaans niet alleen een rechtskeuze uitbrengt, maar tegelijkertijd in overeenstemming met het gekozen recht ook een uiterste wilsbeschikking opstelt, is in het kader van het overgangsrecht ook artikel 83 lid 4 ErfVo nog van belang. Deze bepaling maakt dat, bijvoorbeeld ten aanzien van de afwikkeling van de nalatenschap, onder omstandigheden ook een impliciete rechtskeuze voor het recht van de nationaliteit kan worden aangenomen indien de erflater na 16 augustus 2015 komt te overlijden. Voorwaarde voor het aannemen van een dergelijke impliciete rechtskeuze is echter wel dat de uiterste wilsbeschikking niet enkel een erfstelling inhoudt, die immers ook onder het recht van erf-laters laatste gewone verblijfplaats zou zijn toegestaan. De uiterste wilsbeschikking moet zijn toegesneden op specifieke bepalingen uit het recht van erf-laters nationaliteit. Bij uiterste wilsbeschikkingen van een Nederlandse testateur kan dan bijvoorbeeld worden

23. Zie over de rechtskeuzemogelijkheden van de ErfVo o.a. E.N. Frohn, De rechtskeuze in de Europese Erfrechtverordening: enige opmerkingen, in: F. Ibili, M.E. Koppenol-Laforce & M. Zilinsky (red.), IPR in de spiegel van Paul Vlas, Deventer: Kluwer 2012, p. 65-76, P.A.M. Lokin, Grensoverschrijdende erfopvolging (Ars Notariatus, deel 151) (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2012, p. 183 e.v., M. Leitzen, Die Rechtswahl nach der EuErbVO, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2013, p. 128-132, S.H. Heijning, De rechtskeuze in testamenten gemaakt na 17 augustus 2015 volgens de EU Erfrechtverordening – enkele tekstvoorbeelden, JBN 2014/32, p. 7-9, Chr. Döbereiner, (Bindende?) Rechtswahlen nach der EU-Erbrechtsverordnung, Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 2014, p. 323-339, J. Heinig, Rechtswahlen in Verfügungen von Todes wegen nach der EU-Erbrechts-Verordnung, Rheinische Notar-Zeitschrift (RNotZ) 2014, p. 197-229, J.G. Knot, De Europese Erfrechtverordening – een algemeen overzicht, in: Die EU-Erbrechtsverordnung. Europa für Notare, Notare für Europa (Düsseldorf, 13 juni 2014), Bochum: Deutsches Anwaltsinstitut 2014, p. 16-36 en F.W.J.M. Schols, De Europese erfrechtelijke rechtskeuze. Een (enkel) stapje terug, maar een reuzenstap vooruit, WPNR (2014) 7024, p. 587-592.
24. Zie o.a. H. Dörner, EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2012, p. 505-513, U. Simon & M. Buschbaum, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2012, p. 2393-2398, J. Müller-Lukoschek, Die neue EU-Erbrechtsverordnung. Leitfaden mit Erläuterungen für die notarielle Praxis, Bonn: Deutscher Notarverlag 2013, A. Dutta, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Kommission – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 2013, p. 4-15, Th. Wachter, Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis, Zeitschrift für die Notarpraxis (ZNotP) 2014, p. 2-23 en E.N. Frohn, Art. 21 Erfrechtverordening: de objectieve verwijzingsregel nader belicht, WPNR (2014) 7024, p. 581-586.
25. Zie ook C. Schoppe, Übergangsbestimmungen zur Rechtswahl im internationalen Erbrecht – Anwendungsprobleme und Gestaltungspotential, IPRax 2014, p. 27-33.

26. K. Lechner, Die Entwicklung der Erbrechtsverordnung – Eine rechtspolitische Betrachtung zum Gesetzgebungsverfahren, in: Die EU-Erbrechtsverordnung. Europa für Notare, Notare für Europa (Düsseldorf, 13 juni 2014), Bochum: Deutsches Anwaltsinstitut 2014, p. 10 en 11.

gedacht aan de wettelijke verdeling (art. 4:82 BW) of de tweetrasmaking.

2. Keuze voor nationaal recht door Duitser met laatste gewone verblijfplaats in Nederland

Dezelfde problemen doen zich voor ten aanzien van Duitse erflaters die na 16 augustus 2015 komen te overlijden met een laatste gewone verblijfplaats in Nederland, terwijl zij voor 17 augustus 2015 overeenkomstig artikel 5 HEV'89 het Duitse recht als toepasselijk hebben aangewezen. Een dergelijke rechtskeuze wordt krachtens artikel 83 lid 2 ErfVo in beginsel erkend. De vraag rijst echter ook hier of de rechtskeuze welwillend en ruimhartig als een rechtskeuze in de zin van artikel 22 ErfVo kan worden uitgelegd of zich beperkt tot de vererving van de nalatenschap. In dat laatste geval zou voor de afwikkeling op grond van artikel 21 ErfVo Nederlands erfrecht gelden. Daarmee komt dan echter ook onder de ErfVo een functionele splitsing van de nalatenschap tot stand, met alle hiervoor besproken problemen van dien.

Heeft een Duitse erflater echter niet alleen een rechtskeuze voor Duits recht uitgebracht, maar tegelijkertijd een geldige uiterste wilsbeschikking volgens Duits erfrecht opgesteld (bijvoorbeeld een bindende erf-overeenkomst gesloten of gekozen voor een systeem van 'Vor- und Nacherbschaft'), dan kan op grond van artikel 83 lid 4 ErfVo een algehele keuze voor Duits erfrecht worden aangenomen. Voorwaarde is dan opnieuw dat de uiterste wilsbeschikking niet enkel beschikkingen bevat die ook naar Nederlands erfrecht mogelijk zouden zijn geweest (bijvoorbeeld de enkele aanwijzing van de kinderen als erfgenamen voor gelijke delen).

In verband met de hiervoor uiteengezette problemen die mogelijk samenhangen met oude rechtskeuzes in de zin van artikel 5 HEV'89 voor de nationale wet van de erflater, is het aan te bevelen een dergelijke rechtskeuze opnieuw, onder uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 22 ErfVo, uit te (laten) brengen. Op die manier worden uitlegperikelen in verband met de oude rechtskeuze op voorhand voorkomen en wordt verhinderd dat het als-nog tot een functionele splitsing van de nalatenschap zou komen. De afwikkeling van de nalatenschap valt in dat geval immers zonder enige twijfel onder het gekozen recht.²⁷

4.2.3 Rechtskeuze voor recht van gewone verblijfplaats in de zin van artikel 5 HEV'89

Ook ten aanzien van oude rechtskeuzes voor het recht van erflaters gewone verblijfplaats kunnen zich problemen voordoen met de overgangsrechtelijke erkenning krachtens artikel 83 lid 2 ErfVo. Erkenning van een dergelijke rechtskeuze op basis van artikel 83 lid 4 ErfVo is niet mogelijk, omdat volgens de ErfVo slechts een

rechtskeuze voor de nationale wet van de erflater is toegestaan.

Voor het bepalen van het in deze situatie toepasselijke erfrecht is het (wederom) van belang te onderzoeken waar de erflater op het moment van overlijden zijn gewone verblijfplaats in de zin van artikel 21 ErfVo had.

1. Laatste gewone verblijfplaats niet in land gekozen recht

Problemen doen zich voor indien de erflater op het moment van overlijden na 16 augustus 2015 zijn gewone verblijfplaats niet meer heeft in het land waarvan hij het recht heeft gekozen (bijvoorbeeld een Nederlandse erflater die Duits recht heeft gekozen, maar op het moment van overlijden na 16 augustus 2015 weer in Nederland woont, of een Duitse erflater die Nederlands recht heeft gekozen, maar wiens laatste gewone verblijfplaats na 16 augustus 2015 weer in Duitsland is gelegen). Als deze erflater op het moment van de rechtskeuze zijn gewone verblijfplaats had in het land waarvan hij het recht heeft gekozen, heeft hij krachtens artikel 5 HEV'89 een op dat moment geldige rechtskeuze uitgebracht. Indien hij vervolgens na 16 augustus 2015 overlijdt, geldt op basis van artikel 83 lid 2 ErfVo het door middel van de rechtskeuze aangewezen recht ten aanzien van de vererving van zijn nalatenschap. Op de afwikkeling is echter het door artikel 21 ErfVo aangewezen recht van de laatste gewone verblijfplaats van toepassing. Er doet zich derhalve wederom – ook nog onder de werking van de ErfVo – een functionele splitsing van de nalatenschap voor, waarbij vererving en afwikkeling door verschillende rechtsstelsels worden beheerst.

2. Laatste gewone verblijfplaats in land gekozen recht

Indien de erflater na 16 augustus 2015 komt te overlijden en hij zijn laatste gewone verblijfplaats heeft in het land waarvan hij het recht vóór 17 augustus 2015 als toepasselijk had aangewezen, doen zich geen problemen voor. Tot een functionele splitsing van de nalatenschap komt het dan niet, aangezien ook zonder rechtskeuze het recht van erflaters laatste gewone verblijfplaats reeds toepasselijk zou zijn (art. 21 ErfVo). Anders dan nu het geval is, komen Duitsland en Nederland onder de ErfVo bovendien tot hetzelfde oordeel omtrent het toepasselijke erfrecht. Dat recht wordt derhalve zowel op het vermogen in Duitsland als op dat in Nederland toegepast.

4.3 Rechtskeuze in de zin van Art. 25 Abs. 2 EGBGB uitgebracht vóór 17 augustus 2015

De rechtskeuze uit artikel 22 ErfVo heeft (verplicht) betrekking op de gehele nalatenschap (vergelijk art. 23 lid 1 ErfVo). Een partiële rechtskeuze, beperkt tot bepaalde delen van de nalatenschap – bijvoorbeeld voor in Duitsland gelegen onroerende zaken ex Art. 25 Abs. 2 EGBGB of artikel 6 HEV'89 –, is niet (meer) toegestaan. Werd een dergelijke rechtskeuze vóór 17 augustus 2015 geldig uitgebracht, dan wordt ook deze partiële rechtskeuze echter krachtens artikel 83 lid 2 ErfVo als geldig erkend. Heeft bijvoorbeeld een Nederlandse erflater ten aanzien van zijn huis in Duitsland overeenkom-

27. Vgl. art. 23 lid 2 sub e, f, g, i en j ErfVo. Zie ook J.P. Schmidt, Der Erwerb der Erbschaft in grenzüberschreitenden Sachverhalten unter besonderer Berücksichtigung der EuErbVO, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2014, p. 455-462 en Knot 2014, p. 593-599.

stig Art. 25 Abs. 2 EGBGB voor toepassing van het Duitse erfrecht gekozen, dan blijft deze keuze onder de werking van de ErfVo geldig. Hierbij past echter een enkele kanttekening.

De ErfVo erkent krachtens artikel 83 lid 2 ErfVo alleen oude rechtskeuzes die op het moment waarop deze werden uitgebracht geldig waren volgens de regels van internationaal privaatrecht in het land van erflaters gewone verblijfplaats of nationaliteit. Had de Nederlandse erflater uit het zo-even genoemde voorbeeld zijn gewone verblijfplaats op het moment van het uitbrengen van de partiële rechtskeuze in Duitsland, dan wordt de uitgebrachte partiële rechtskeuze als een conflictenrechtelijke rechtskeuze (in de zin van Art. 25 Abs. 2 EGBGB) erkend. Had hij echter zijn gewone verblijfplaats in Nederland, dan is de uitgebrachte partiële rechtskeuze slechts geldig voor zover deze voldoet aan artikel 6 HEV'89. In dit voorbeeld – Nederlandse nationaliteit en gewone verblijfplaats – speelt het Duitse internationaal privaatrecht in het kader van artikel 83 lid 2 ErfVo immers geen rol. Onder artikel 6 HEV'89 is een partiële rechtskeuze materieelrechtelijk van aard, met als gevolg dat deze de dwingende bepalingen van het overigens toepasselijke recht onverlet laat. In dat geval kan de uitgebrachte rechtskeuze dus ook onder de ErfVo slechts als een materieelrechtelijke rechtskeuze worden erkend.

Dit is vooral relevant indien de erflater op het moment van zijn overlijden zijn gewone verblijfplaats in Nederland had, aangezien dan op grond van artikel 21 ErfVo voor het overige Nederlands recht op de erfopvolging toepasselijk is. Had de erflater zijn laatste gewone verblijfplaats echter in Duitsland, dan geldt ook zonder (partiële) rechtskeuze reeds Duits erfrecht. Dan komt het dus op het karakter van de rechtskeuze – conflictenrechtelijk of materieelrechtelijk – niet (meer) aan.

5 Besluit

De harmoniserende werking van de ErfVo in de lidstaten van de Europese Unie maakt dat in Duits-Nederlandse erfrechtverhoudingen ten aanzien van nalatenschappen die na 16 augustus 2015 openvallen geen hinkende rechtsverhoudingen meer kunnen ontstaan. Duitsland en Nederland passen vanaf dat moment immers dezelfde conflictregels toe ter bepaling van het op de erfopvolging toepasselijke recht. Een uiteenlopend oordeel over het toepasselijke erfrecht is nog slechts mogelijk als de regels uit de ErfVo in beide landen verschillend zouden worden geïnterpreteerd. Deze interpretaties kunnen dan echter onmogelijk beide juist zijn en het is in laatste en hoogste instantie aan het Hof van Justitie van de EU om in voorkomende gevallen de juiste uitleg van de ErfVo vast te stellen.

Veel van de huidige problemen in de praktijk van de Duits-Nederlandse boedelafwikkeling, onder meer voortvloeiend uit het conflictenrechtelijke onderscheid dat in Nederland tussen vererving en afwikkeling van

nalatenschappen wordt gemaakt, de beperkte werking van de Nederlandse rechtskeuzemogelijkheid en de functionele splitsing van de nalatenschap die daarvan het gevolg is, zullen onder de eenvormige regeling van de ErfVo tot het verleden gaan behoren. Vererving en afwikkeling behoren in de ErfVo tot dezelfde verwijzingscategorie en worden door hetzelfde rechtstelsel beheerst.

Het feit dat de rechtskeuzemogelijkheden onder de ErfVo echter geringer zijn dan in het huidige Nederlandse internationaal erfrecht maakt dat de ruimhartige overgangsregels uit de ErfVo ten aanzien van oude rechtskeuzes een belangrijke rol hebben te vervullen. In dat kader kunnen zich ook onder vigeur van de ErfVo, met name ten aanzien van de keuze voor het recht van de gewone verblijfplaats van de erflater, problemen blijven voordoen als gevolg van een functionele splitsing van de nalatenschap. In geval van een oude rechtskeuze voor het recht van de nationaliteit van de erflater komt het aan op de uitleg van deze rechtskeuze. Kan worden aangenomen dat de erflater ook ten aanzien van de afwikkeling het toepasselijke recht heeft willen aanwijzen, dan is het gekozen recht – in overeenstemming met artikel 22 ErfVo – van toepassing op de gehele erfopvolging. Het ruimhartige karakter dat artikel 83 lid 2 ErfVo ten aanzien van oude rechtskeuzes aan de dag wenst te leggen, de toegevoegde waarde die op dit vlak van artikel 83 lid 4 ErfVo uitgaat en het doel van de ErfVo als geheel – te weten bij te dragen aan een eenvoudiger grensoverschrijdende boedelafwikkelingspraktijk – maken dat een functionele splitsing van de nalatenschap zo veel mogelijk dient te worden voorkomen en dat moet worden bevorderd dat vererving en afwikkeling van nalatenschappen aan een en hetzelfde rechtstelsel worden onderworpen.

Hoewel ook na 17 augustus 2015 niet alle problemen in de erfrechtpraktijk tussen Nederland en Duitsland zullen zijn weggenomen, draagt de ErfVo zeker bij aan een soepeler verloop van de afwikkeling van Duits-Nederlandse nalatenschappen.